HISTORIA

DO

Direito Português

Prof. CAEIRO DA MATTA

HISTORIA

DO

Direito Português

COIMBRA

F. FRANÇA AMADO, EDITOR

1911

CAPITULO I

Noções preliminares

1. Norma juridica; sua funcção especifica.

Animal politico, na expressão de Aristoteles, o homem tende naturalmente a associar-se aos seus semelhantes, impellido, como é, pelo instincto de prover com o menor esforço ás varias necessidades da vida.

Abstrahindo da evolução dos sentimentos sexuaes e das relações de parentesco, que determinam o primeiro esboço de aggregação societaria e que podem estender-se até dar logar á formação de um verdadeiro grupo social, apresenta-se, como principal facto gerador das primitivas communidades (1), a consciencia da insufficiencia da força individual e o reconhecimento da necessidade de, em beneficio commum, fundir e disciplinar as actividades singulares.

(1) Divergem os sociologos quanto ao facto gerador das sociedades humanas. Os factores invocados são de natureza diversa: physicos (raça, meio physico e geographico), biologicos (symbiose ou solidariedade organica, psychismo social, adaptação, gregarismo), economicos (evolução economica), psychologicos (condições externas da população, consciencia da especie, contracto, imitação, synergia social). Vej. Palante, *Précis de sociologie*, 1901, pag. 38 e segg.

Attrahidos os individuos á vida em commum, o aggregado vae-se constituindo e robustecendo gradualmente, pelo desenvolvimento dos sentimentos sociaes e sympathicos; e comprehende-se como devam os membros do grupo, pela necessidade de mutua cooperação, adaptar-se e perder successivamente parte da propria liberdade, pois que na sociedade humana, como em toda a aggregação natural, a integração exige o sacrificio da parte de autonomia individual necessaria á formação do grupo (1).

Por um processo de abstracção, chega a conceber-se o dever de, limitando a propria actividade, não invadir a esphera da actividade alheia, estabelecendo-se uma especie de equilibrio na actividade dos individuos no seio do aggregado. Mais tarde, este equilibrio, saindo dos limites do grupo, vem a estabelecer-se entre communidades successivamente mais largas e comprehensivas.

Se as idéas e os sentimentos eticos da consciencia social são acompanhados pela persuasão de que certos modos de conducta devem ser a todo o custo observados e que ainda mesmo coercivamente se deve impôr a sua observancia, então á convicção etica junta-se a *opinio juris,* isto é, a opinião da necessidade juridica d'uma determinada acção. Em todo o caso, uma convicção etica d'uma communidade exprime não

(1) Sobre a origem e evolução dos sentimentos sympathicos e sociaes e genése da consciencia juridica: D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile,* 1890, pag. 97 e segg. e 129 e segg.; Letourneau, *L'évolution juridique dans les diverses races humaines,* 1891, pag. 21 e segg.

só idéas e sentimentos communs, como tambem vontades convergentes que perante vontades singulares se affirmam e impõem como um querer collectivo superior. Para que taes convicções, que afinal são apenas factos internos ou estados de consciencia, se possam tornar normas de conducta e assumir caracter obrigatorio, é necessario um processo exterior cognoscivel por certos caracteres formaes, mediante o qual o querer superior ao querer de cada um se fixa e se torna visivel e concreto (1).

E quando nesse processo exterior intervém o Estado a reconhecer e a garantir com a coacção do poder publico a observancia e o caracter obrigatorio d'essas normas, nada lhes falta para assumirem caracter rigorosamente juridico.

Differenciam-se então nitida e inconfundivelmente no conjuncto de normas de vida social (2),

(1) Vanni, *Lezioni di filosofia del diritto,* 1904, pag. 210-211.

(2) A analyse das sociedades humanas, que attingiram um grau elevado de civilisação, mostra-nos a coexistencia de varias especies de normas de conducta, distinctas pelos seus caracteres e pela sua funcção e traduzindo o principio fundamental da divisão do trabalho. Não assim nas sociedades primitivas, em que, na massa homogenea de regras sociaes, na incerteza nebulosa dos costumes, apparecem confundidas normas respeitantes á religião, á moral e ao direito.

Fundidas na mesma unidade material e formal, aquellas varias normas foram-se, porém, gradualmente differenciando e especialisando por fórma a scindirem-se em grupos, certamente affins quanto ao intuito geral, mas differentes pelo caracter, pela estructura, pela esphera de acção, pela funcção especifica e differencial que exercem e pela garantia que as defende e actúa.

Assim é que, na sociedade civilisada contemporanea, vemos, ao lado das *normas religiosas,* que, prescriptas pelas auctoridades religiosas ou ecclesiasticas e garantidas pelo poder da divindade, carecem de conteúdo especifico e delimitado, as *normas moraes,*

constituindo um grupo distincto e tendo por fim assegurar, por meio da coacção judicial, a realisação das condições necessarias para a existencia e desenvolvimento dos aggregados sociaes que não encontrem garantia efficaz nos dictames da consciencia publica ou no regular funccionamento das actividades collectivas.

Esta tem sido, na verdade, a funcção que o direito, como norma reguladora de vida social, tem desempenhado atravez da historia, desde a constituição do clan até o Estado moderno: — uma

cuja observancia é garantida exclusivamente pela consciencia publica ou individual, e as *normas juridicas*, cujo caracter especifico reside em serem reconhecidas e applicadas coactivamente pelo Estado, mediante orgãos proprios.

Precisemos os caracteres distinctivos das normas moraes e juridicas e as relações entre ellas — problema que, no dizer de Von Ihering, representa o cabo Horn da philosophia do direito. É que, na verdade, não só ha uma semelhança innegavel entre as normas moraes e juridicas, pois que ambas traduzem regras de conducta obrigatorias, mas até se confunde parte dos respectivos dominios: as regras juridicas, por exemplo, que estabelecem sancções penaes são, simultaneamente, principios de moral.

Una e indecomponivel, tanto no seu processo interno como no externo, é a acção humana; e assim não basta affirmar-se o caracter externo do direito e o interno da moral, porisso que, se a moral se refere principalmente á intenção e o direito respeita particularmente á acção, certo é que tambem aquella se estende á acção e este comprehende a intenção. « Uma e outro não podem, diz Miraglia, (*Filosofia del diritto*, 1903, pag. 115 e segg.), como ramos da etica, contradizer a sua origem e abstrahir inteiramente da acção ou da intenção ».

E não se póde fazer consistir a distincção entre a moral e o direito no caracter negativo das normas moraes e no caracter positivo das normas juridicas, como pretendiam Kant e Spencer, porisso que, se reduzirmos os principios da conducta social ao principio do respeito mutuo, da retribuição e da assistencia reciproca, como fazem, em geral, os escriptores, teremos de concluir que o ambito de efficacia do direito coincide quasi inteiramente

funcção de garantia, diversa no seu aspecto formal e na sua organisação, conforme o maior ou menor progresso do momento historico que se considere, mas a mesma em sua natureza e fins.

E, por meio d'ella, o direito póde dizer-se em these geral que tem sido uma força organisadora e conjunctamente instrumento de cultura. Força

com a orbita de acção das normas de respeito reciproco e de retribuição e os limites da moral são circumscriptos quasi absolutamente pelos limites do principio da reciproca assistencia.

Podemos, entretanto, com Groppali *(I caratteri differenziali della moralità e del diritto,* 1901, pag. 173 e segg.), indicar como caracteristicas differenciaes das normas moraes e juridicas :

a) a indeterminação dos preceitos moraes e a determinação das regras juridicas. De facto, emquanto n'estas são rigorosamente determinados tanto o Estado, que impõe coactivamente as normas, como o juiz que as applica e o processo a seguir, nos preceitos moraes, ao contrario, tudo é abandonado á opinião publica e ao juizo da consciencia geral, que, producto dos elementos mais heterogeneos, nunca é univoca e concorde.

b) a unilateralidade das relações eticas e a bilateralidade das relações juridicas. Como norma de garantia dos interesses fundamentaes da sociedade, o direito, emquanto, por um lado, impõe obrigações, por outro concede e protege interesses, faculdades e pretenções, chamadas direitos subjectivos, obrigações e faculdades que reciprocamente se condicionam, constituindo um binomio inscindivel. Tal a obrigação imposta aos paes pelo codigo civil de dar a seus filhos os necessarios alimentos e occupação conveniente, conforme as suas posses e estado (Cod. civ., artt. 140.º e 2379.º. Vej. tambem os artt. 148.º n.º 2.º e 224.º n.º 7.º), que presuppõe nos filhos o direito subjectivo correspondente.

Contrariamente, as prescripções da moral são unilateraes, porque, impondo deveres, não protegem alheias pretenções e exigencias. Assim, os deveres affectivos entre paes e filhos (Cod. civ., artt. 142.º e 143.º) perma-

organisadora, porque, estabelecendo uma ordem nas relações humanas, limitando as actividades, coordenando-as e subordinando-as aos interesses geraes de todo o grupo, tornou possivel a organisação social. Instrumento de cultura, emquanto, garantindo as varias manifestações da actividade humana, tornou possivel a elevação da convivencia humana a fórmas sempre mais progressivas (1).

necem sempre dois deveres entre si inconvertiveis, sem suscitar o *correlatum* de um egual direito, de uma pretenção exigivel.

c) a diversa obrigatoriedade das normas moraes e juridicas. Ambas traduzem, como dissemos, regras de conducta obrigatoria, mas, ao passo que a coacção exercida por meios externos caracterisa o direito, a moral não impõe por tal fórma os seus preceitos: é uma norma obrigatoria pela coacção intima que a acompanha, mas sem que a nenhum poder externo, a nenhum orgão especial incumba fazer a todo o custo respeita-la. A obrigação moral implica uma relação entre a lei moral e a vontade do agente, mas relação puramente interna.

d) o differente grau de protectividade das normas moraes e juridicas. O direito, cuja funcção social *protectora* Bovio (*Filosofia del diritto*, 1885, pag. 216 e segg.) põe em relevo, constitue a parte central da vida social: recorrendo, quando necessario, á coacção, elle constitue aquelle *vinculum humanae societatis*, de que falla o Dante, obrigando todos os individuos a obedecer a uma lei que poderia dizer-se, simultaneamente, de gravitação e de proporção social. A moral desempenha uma funcção *perfectiva*, attenuando os attritos derivados dos interesses em conflicto, evitando que se recorra á *ultima ratio* da força coactiva do poder para fazer respeitar um direito e exercendo uma pressão doce, mas efficaz, sobre as determinações da vontade.

(1) Cfr. Sr. Dr. Pedro Martins, *Historia geral do direito romano, peninsular e português*, 1909, pag. 3 e segg.

2. Natureza evolutiva do direito.

Uma vez elaborado, o direito não cristallisa em fórmas fixas e immutaveis. Gerados fundamentalmente em necessidades, idéas e sentimentos sociaes que vivem num constante, ainda que lento, movimento de transformação, os phenomenos e instituições juridicas agitam-se tambem em incessante evolução, correspondente ao dos elementos de que são producto. O direito, é uma idéa humana, uma idéa historica, isto é, uma idéa necessariamente relativa e diversa no espaço e no tempo, proporcionada ás condições particulares que determinam toda a vida d'um povo, ao grau da sua mentalidade, á forma da sua organisação economica (1).

Estas transformações teem sido, em regra, progressivas e parallelas ao aperfeiçoamento das relações sociaes, que se póde dizer terem evolucionado numa adaptação cada vez mais perfeita ás condições da vida.

Não se exaggere, porém, a natureza evolutiva dos phenomenos e instituições juridicas, attribuindo-lhes capacidade illimitada para soffrerem transformações.

Ha condições e exigencias communs e constantes nas varias fórmas typicas da organisação social; mas ao lado d'estas e em maior numero existem condições e necessidades variaveis, e a

(1) Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano delle invazioni germaniche ai nostri giorni*, 1899, pag. 1.

sua disciplina juridica não póde deixar de ser tambem variavel. Mas, como observa Vanni, não é licito entender esta variabilidade como illimitada; e cumpre acautelarmo-nos contra os exaggeros em que cahiu a teoria relativista do direito, exaggeros que encontraram a mais crúa expressão no grito melancolico de Pascal — que o direito e a justiça variam segundo os graus de latitude. Ora, uma tal variabilidade não existe, mesmo na parte do direito mais sujeita a variações.

E deve observar-se que, atravez das vicissitudes por que passam as instituições e das transformações que soffrem, sempre um ou outro elemento permanece com certa constancia e fixidez. E isto tanto no chamado direito publico, como no denominado direito privado (1). Assim, o vinculo de subordinação que prende o cidadão ao Estado é mais forte ou mais fraco segundo o

(1) Distincção fundamental do direito positivo é a que o separa em publico e privado, distincção já traduzida na passagem de Ulpiano :

« *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* » (Fr. 152, *D. de just. et jure*, I, 1; § 4, *Inst. de just. et jure*, I, 1).

Tem esta distincção grande importancia juridica : bastaria a regra — *jus publicum privatorum pactis mutari non potest* — (D., II, 14, 38) para mostrar que em todos os contractos (nupciaes, successivos, commerciaes, etc.) é necessario examinar a que especie de normas legaes as partes pretenderam substituir as proprias disposições.

Qual, porém, o seu fundamento scientifico ?

Prescindindo de algumas distincções feitas pelos juristas allemães e que, não obstante o seu valor intrinseco, não são de acceitar em face da nossa organisação juridica, destacaremos,

typo de organisação e constituição politica. Se compararmos, por exemplo, a situação do cidadão da antiga Grecia com a do cidadão nos modernos Estados representativos, a differença resulta importantissima, porque é enorme. Mas, sejam quaes forem as differenças de natureza ou de gráu, um facto ha commum e constante, atravez da multiplicidade de fórmas que revista: é a relação de subordinação do cidadão ao Estado,

dentre os numerosos criterios distinctivos propostos pelos escriptores:

a) criterio do sujeito do direito: o sujeito do direito privado é um particular ou uma pessoa collectiva privada; o do direito publico é ou o Estado ou outra pessoa social administrativa. Mas, além de extrinseco e formal, este criterio não corresponde á realidade objectiva da vida juridica, visto que não só um particular póde ser sujeito de direito publico (v. g., direito de suffragio), mas tambem o Estado o póde ser de direito privado, como succede quando realisa actos de gestão patrimonial (Cod. civ., artt. 3.º, 37.º, 382.º § un., 516.º, 906.º n.º 1.º).

b) criterio do objecto da pretenção juridica, segundo este objecto consiste em uma utilidade patrimonial (direito privado), ou não patrimonial (direito publico). Tambem tal criterio é contrario á realidade: se nem sempre o caracter não patrimonial do objecto da pretenção juridica implica a existencia de uma norma de direito publico (vej., por ex., Cod. civ., artt. 137.º e segg.), tambem não podemos affirmar que o caracter patrimonial do mesmo objecto presupponha necessariamente a existencia de normas de direito privado (v. g., direito tributario).

c) criterio da acção ou das consequencias juridicas do direito: pertencem ao direito privado as normas a que compete uma acção privada, constituindo objecto do

como absolutamente indispensavel á existencia d'este.

Assim tambem no direito de familia. A relação entre paes e filhos, quer se concretise na rigida *potestas* propria das sociedades aryanas primitivas, quer se transforme em simples relação de tutela e de protecção, quer se attenue até

direito publico as normas cuja violação é removida mediante uma acção publica exercida pelo Estado.

Mas facil é de ver que se considera, assim, como antecedente, o que é simplesmente o consequente, porisso que a natureza privada ou publica da acção depende precisamente da natureza publica ou privada do direito.

d) criterio do fim das normas juridicas ou seja o criterio romanista da utilidade. Segundo esta theoria, no direito publico o todo, isto é, a sociedade politicamente organisada, apresenta-se como fim, emquanto no direito privado o fim reside no individuo.

« Se uma certa relação juridica, diz d'Aguanno (obr. cit., pag. 690 e segg.), se refere ao modo de ser ou de funccionar do organismo social, ou essa relação seja iniciada pela actividade do individuo, Estado ou administração publica, estamos no dominio do direito publico; se, porventura, essa relação se refere directamente a interesses individuaes — quer os individuos a que pertencem esses interesses sejam individualidades physicas ou moraes, quer administrações privadas, encontramonos na esphera do direito privado ».

Semelhante criterio incorre no vicio de abstrahir do elemento da obrigatoriedade, absolutamente inseparavel do conceito de organisação politica: não ha relação de direito publico que não implique a relação de *imperium* e, correlativamente, de subordinação. Ora, quando o Estado realisa actos de gestão, embora tenham por fim o Estado, as relações juridicas que d'elles procedem são, como já notámos, relações de direito privado.

e) criterio que attende ao caracter voluntario do direito privado e obrigatorio do direito publico. Contraria-

accentuar-se a tendencia emancipadora, como se observa nos costumes dos povos anglo-saxões, fica sempre uma relação de subordinação e de dependencia.

Phenomeno identico se verifica na esphera juridica contractual. A relação entre os contrahentes póde ser o mais variamente disciplinada pelo direito; assumir, como no instituto romano

mente a este, o direito privado seria essencialmente alienavel.

Argumento que, parcialmente verdadeiro, não é, todavia, decisivo: tambem o direito privado póde ser essencialmente inalienavel e obrigatorio, v. g. o direito de familia.

Reconhecendo a impossibilidade de um criterio exclusivo — formal ou substancial — de distincção entre o direito publico e o direito privado, os escriptores procuraram fundamenta-la na natureza do sujeito da relação juridica e no objecto ou natureza d'essa relação.

Assim, entende-se por *direito publico* o que determina e regula a organisação do Estado e de suas fracções organicas e as suas relações com os individuos na sua qualidade de cidadãos, isto é, como membros do Estado ou d'aquellas fracções organicas; e por *direito privado* o que regula as relações sociaes dos individuos considerados como particulares, e as das entidades sociaes ou corporações quando consideradas tambem como particulares.

As normas do direito publico scindem-se em varios ramos: o direito pelo qual se constitue o Estado, determinando-se as suas funcções organicas, chama-se *politico*; o que regula o exercicio d'essas funcções, *administrativo*; o que determina os factos offensivos das condições essenciaes da ordem social *(crimes)* e os meios de defesa da sociedade (principalmente as *penas)*, *penal* ou *criminal*; o que regula a fórma por que nos tribunaes competentes se resolvem os direitos controvertidos, *processual*.

O direito privado, regulando, em principio, todos os actos de particulares, deveria formar uma massa homogenea e unica. Comtudo, a diversidade das relações de interesse particular, que pódem surgir entre individuo e individuo, levou á subdivisão do

do *nexum*, a fórma rigorosa d'um vinculo que obrigue a propria pessoa do devedor e dê logar á execução pessoal, ou a de mera obrigação patrimonial; mas, em qualquer typo de direito contractual, existe um elemento permanente e constante — a obrigação da execução do contracto, sem o que é inconcebivel a relação contractual.

direito privado — direito civil em sentido lato — em *direito civil* propriamente dito e *direito commercial.*

O direito civil ou direito privado *commum* tem como instituições fundamentaes a capacidade civil ou direito de personalidade, a familia, os contractos, a propriedade e as successões, sendo as normas constitutivas d'estes institutos applicaveis, salvas as excepções expressas na lei, tanto aos individuos, como ao Estado e aos outros aggregados sociaes, que, em relações juridicas d'esta natureza, teem os mesmos direitos que os individuos.

E, porque o commercio tem necessidade de regras juridicas e de instituições favoraveis á rapidez das transacções e ao desinvolvimento do credito, criou-se para elle um direito proprio — *direito commercial,* o qual representa, relativamente ao direito civil, um direito singular ou especial.

Assim, não obstante a noção legal do direito civil abranger, segundo o artigo 3.º do nosso codigo, as relações juridicas do commercio, o legislador portuguẽs separou do direito civil um regimen juridico especial para o commercio, organisando o codigo commercial. (Vej. Com. com., artt. 1.º e 2.º).

Em sentido estricto, a expressão direito civil não comprehende esse direito.

A classificação indicada não é extensiva exclusivamente á legislação interna, propria de cada Estado. A lei de integração, como elemento determinador da vida social, comprehende não só a existencia e desinvolvimento dos individuos, mas tambem as associações de individuos, qualquer que seja a amplitude dos limites da sua actividade: isto explica a necessidade e a natureza do *direito internacional,* — e a sua distincção em *publico* e *privado.* Aquelle regula as relações que se dão entre Estados, considerados como unidades juridicas, com personalidade propria (relações diplomaticas, tratados, conflictos, etc.); este as relações entre individuos pertencentes a nacionalidades differentes, ou possuindo bens ou tendo interesses em diversos Estados.